

Direction des relations avec les collectivités
Bureau du conseil et du contrôle de légalité
Section Interventions Économiques des Collectivités

Grenoble, le 17 décembre 2021

Le préfet
à
Destinataires in fine

En communication à *Madame la Sous-Préfète de La
Tour du Pin et Monsieur le Sous-Préfet de Vienne*

CIRCULAIRE n° 2021 – 34
CONSULTABLE SUR LE SITE INTERNET DE LA PRÉFECTURE

Objet : panorama 2021 des réformes du droit de la commande publique

L'année 2021 parvenant à son terme, il est apparu opportun de rappeler les principales réformes du droit de la commande publique issues soit de la loi ASAP (loi n°2020-1525 d'accélération et de simplification de l'action publique du 7 décembre 2020) codifiées dans le code de la commande publique (CCP), soit de textes législatifs et réglementaires adoptés durant cette année 2021.

Dans un contexte de relance de l'économie dont l'achat public est un levier important, elles visent à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique, à simplifier les procédures de passation, ou encore à renforcer l'intégration du développement durable dans les achats publics.

La présente circulaire a vocation à les regrouper et à les synthétiser au sein d'un même document afin de mettre à votre disposition un panorama aussi complet que possible des dernières évolutions de la commande publique, la plupart des sujets présentés faisant l'objet de fiches détaillées élaborées par le ministère de l'économie, des finances et de la relance qu'il vous est loisible de consulter sur son site dédié : <https://www.economie.gouv.fr/daj/commande-publique>.

I. La commande publique rendue plus accessible aux petites et moyennes entreprises

- **Les entreprises bénéficiant d'un plan de redressement judiciaire** ne sont plus en situation d'interdiction de soumissionner à un marché public, et ce quelle que soit la durée de ce plan (article L.2141-3 du CCP).
- **Aux fins d'appréciation des capacités économique et financière des candidats à un marché public**, en principe, un chiffre d'affaires deux fois supérieur au montant du marché peut être exigé parmi les critères de sélection des candidatures. **Jusqu'au 31 décembre 2023**, les acheteurs ne pourront pas écarter les candidats en raison d'une baisse de leur chiffre d'affaires résultant de la crise sanitaire (Ordonnance n°2020-738 du 17 juin 2020 portant diverses mesures en matière de commande publique, article 3- article R.2142-7 du CCP).
- **Le marché global** (marchés de partenariat, marchés de conception-réalisation, marchés globaux de performance ou marchés globaux sectoriels) doit dorénavant prévoir qu'une part de 10 % au moins de son montant sera confiée par le titulaire aux PME ou aux artisans (articles L.2171-8 et R.2171-23 du CCP).

- Afin de diminuer le besoin de trésorerie des entreprises, des **avances simplifiées** et plus avantageuses sont désormais possibles. L'avance est obligatoire pour les marchés supérieurs à 50 000 € HT et d'une durée supérieure à 2 mois. Pour les PME, le taux minimal est de 10 % lorsque le marché est passé par des collectivités territoriales, ses établissements publics et leurs groupements. L'avance n'est plus soumise à un plafond. Par ailleurs les acheteurs ne sont plus tenus de demander une garantie financière lorsqu'ils accordent une avance supérieure à 30 % du montant du marché (article R.2191-3 à R.2191-19 du CCP).
- Possibilité pour les acheteurs de réserver un même marché ou un même lot à la fois aux **entreprises adaptées (EA)**, aux **établissements et services d'aide par le travail (ESAT)** et aux **structures d'insertion par l'activité économique (SIAE)** (article L.2113-14 du CCP).

II. Des procédures de passation simplifiées par une dispense de publicité et de mise en concurrence préalables

- Jusqu'au 31 décembre 2022 : dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les **marchés publics de travaux inférieurs à 100 000 € HT**. Si le but est de conclure des contrats plus rapidement, notamment avec les PME non coutumières des marchés publics, l'acheteur doit veiller au respect des exigences constitutionnelles d'égalité devant la commande publique, particulièrement en ne contractant pas systématiquement avec la même entreprise, ainsi qu'au bon usage des deniers publics (loi ASAP n°2020-1525 du 7 décembre 2020, article 143) ;
- L'acheteur public peut choisir son avocat sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les besoins concernent des **prestations de services de représentation juridique, ainsi que des services de consultation juridique en cas de forte probabilité d'un contentieux**, et ce, sans considération de montant. Pour les autres services juridiques, il peut également faire ce choix librement, mais dans la limite d'un montant de 40.000 € HT (articles L.2512-5 et R.2123-1 et suivants du CCP) ;
- **Dispense de publicité et de mise en concurrence préalables justifiée par « un motif d'intérêt général »**. Dans sa nouvelle rédaction l'article L. 2122-1 du CCP comporte cet ajout et dispose désormais que : *« L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur ou à un motif d'intérêt général. »*. Attention, cette disposition ne permet pas aux acheteurs de déterminer par eux-mêmes d'éventuels nouveaux cas de dispense de publicité et de mise en concurrence. Ceux-ci restent à définir dans le cadre de décrets en Conseil d'État à intervenir.

III. Des considérations sociales et environnementales renforcées

La loi « climat et résilience » du 22 août 2021 (n°2021-1104, article 35) comporte plusieurs mesures destinées à mieux prendre en compte le développement durable lors de la passation et de l'exécution des contrats de la commande publique. Afin de permettre aux acheteurs et aux autorités concédantes de disposer du temps nécessaire pour s'adapter aux nouvelles exigences posées par cette loi, celles-ci bénéficient d'une entrée en vigueur différée.

Dispositions entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2023 :

- renforcement du contenu et des obligations de publicité des SPASER (**schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables**), dont l'élaboration est rendue obligatoire pour les collectivités territoriales et leurs groupements dont le montant total annuel des achats est supérieur à 100 millions € H.T. Ils devront être rendus publics notamment via une mise en ligne sur le site internet des acheteurs concernés. Le contenu devra comporter des indicateurs précis relevant des catégories de l'achat socialement ou écologiquement responsables parmi les marchés passés par l'acheteur. (article concerné par la modification à intervenir : L.2111-3 du CCP).

Dispositions entrant en vigueur le 22 août 2026 au plus tard :

- Obligation d'introduire des considérations environnementales dès le stade de la définition du besoin, concrétisées par des **spécifications techniques** (articles concernés par la modification à intervenir : L.2111-2 et L.3111-2 du CCP).
- Obligation de retenir au moins un **critère d'attribution** prenant en compte les caractéristiques environnementales de l'offre (articles concernés par la modification à intervenir : L.2152-7 et L.3124-5 du CCP).
- Obligation de prendre en compte des considérations relatives à l'environnement dans les **conditions d'exécution des contrats** de la commande publique (articles concernés par la modification à intervenir : L.2112-2 et L.3114-2 du CCP).

Bien entendu, les acheteurs ont d'ores et déjà la possibilité de mettre en œuvre ces dispositions à forts enjeux.

IV. La commande publique impactée par la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la république

Ce texte fait naître la nécessité d'intégrer de nouvelles clauses dans les contrats de la commande publique emportant exécution d'une mission de service public. Il revient dès lors aux autorités contractantes, de déterminer, contrat par contrat, si l'objet emporte, ou non, participation à une mission de service public et d'en tirer les conséquences en insérant, le cas échéant, les clauses dédiées à la garantie des principes de la République. Ces clauses doivent rappeler expressément **les obligations liées aux principes d'égalité devant le service public, de laïcité du service public, et de neutralité à l'égard des usagers.**

Le contrat doit en outre préciser les modalités de contrôle et de sanction du cocontractant qui ne prendrait pas les mesures adaptées pour les mettre en œuvre et faire cesser les manquements constatés. Ces mesures sont également applicables aux contrats conclus avec des sous-traitants.

- ces clauses doivent être intégrées dans tous les contrats concernés pour lesquels une consultation ou un avis de publicité a été envoyé depuis le 25 août 2021.
- pour les contrats en cours ou pour lesquels une consultation a été lancée avant le 25 août 2021, il convient de distinguer deux situations :
 - pour les contrats parvenant à leur terme avant le 25 février 2023, ces clauses n'ont pas à être insérées ;
 - pour les contrats parvenant à leur terme après le 25 février 2023, les acheteurs et autorités concédantes disposent d'un délai d'un an, soit jusqu'au 25 août 2022, pour intégrer ces clauses.

V. Les autres modifications

- **De nouveaux CCAG** sont applicables depuis le 1^{er} avril 2021. Ils sont au nombre de six désormais, un sixième CCAG relatif à la maîtrise d'œuvre ayant été créé. Il est rappelé que ces documents ne trouvent à s'appliquer que si le marché considéré se réfère explicitement à l'un d'eux, puisqu'ils sont d'application facultative.
- En conformité avec la décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 17 juin 2021 (aff. C-23/20, Simonsen & Weel A/S) le décret du 23 août 2021 impose aux acheteurs publics, à compter du 1^{er} janvier 2022, d'indiquer dans les avis d'appel à la concurrence relatifs aux accords-cadres, la **quantité ou la valeur maximale** des prestations qui pourront être commandées sur le fondement de l'**accord-cadre** (article R. 2162-4 du CCP).
- Un seul régime juridique régit enfin les **modifications des contrats de la commande publique** pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2016. Il a été mis fin ainsi à la coexistence de

deux régimes juridiques différents selon la date de signature des marchés en cause (article 133 de la loi ASAP).

- **Nouveau modèle d'avis de passation des marchés** répondant à un besoin estimé entre 90 000 € HT et les seuils de procédure formalisée (procédure adaptée). Il **entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022**. Il comporte notamment une nouvelle rubrique consacrée aux conditions de participation telles qu'énoncées à l'article R.2142-1 du CCP. Par ailleurs, lorsque la consultation porte sur une réservation de tout ou partie d'un marché, le champ concerné devra désormais être obligatoirement renseigné (Le modèle modifié est annexé à l'arrêté du 26 juillet 2021 modifiant l'annexe de l'arrêté du 12 février 2020 fixant un modèle d'avis pour la passation des marchés publics répondant à un besoin d'une valeur estimée entre 90 000 € hors taxes et les seuils de procédure formalisée - NOR : ECOM2122325A).
- De nouveaux seuils de procédure formalisée seront applicables aux marchés publics et aux contrats de concession à compter du 1er janvier 2022 pour une durée de deux ans. Les seuils sont en très légère hausse (+ 0,6 % environ) par rapport à 2020 - 2021 :
 - Marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux : 140 000 € HT
 - Marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs autres que les pouvoirs adjudicateurs centraux : 215 000 € HT
 - Marchés de fournitures et services des entités adjudicatrices et marchés de fournitures et services de défense ou de sécurité : 431 000 € HT
 - Marchés de travaux : 5 382 000 € HT
 - Contrats de concessions : 5 382 000 € HT

Mes services (bureau du conseil et du contrôle de légalité – section Interventions Economiques des Collectivités) demeurent à votre disposition pour vous apporter toutes précisions complémentaires et restent joignables aux numéros de téléphone suivants :
04 76 60 33 72 – 04 76 60 48 56 – 04 76 60 33 76.

Le préfet

Pour le Préfet, par délégation,
la Secrétaire Générale


Eléonore LACROIX